



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Privado

Registro: 2011.0000188518

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PROMOTOR JUSTIÇA VARA INFÂNCIA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO sendo apelados KELLOGG BRASIL LTDA e NESTLÉ BRASIL LTDA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Tiago Cardoso Zapater e usou da palavra a Exma. Sra. Procuradora de Justiça Dra. Luciana Pinsdorf Barth.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES E MARTINS PINTO.

São Paulo, 19 de setembro de 2011.

Presidente Da Seção De Direito Privado
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Presidência da Seção de Direito Privado

ACÓRDÃO

Ação Civil Pública. Comercialização de alimentos. Material publicitário voltado para o público infantil. Ausência de vedação constitucional ou legal de tal prática, não podendo se presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja lesivo. Princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). Tutela da livre concorrência e do princípio da isonomia (artigo 170, da Constituição da República). Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 0029619-23-2010.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante o Ministério Público do Estado de São Paulo, sendo apeladas a Nestlé Brasil Ltda. e Kellogg Brasil Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, visando a imposição de obrigação de não fazer às rés apeladas.

Sustenta o apelante, em suma, que a publicidade promovida pelas apeladas fere os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o qual permite a proibição de publicidade volta a tal público, Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002 . - São Paulo - Voto nº 24.625 – AMA - Página 2/7



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Presidência da Seção de Direito Privado

peças ainda em formação. Outrossim, também aduziu que não há lesão aos princípios da livre concorrência e da isonomia, na medida em que a prática de atos contrários à Lei por terceiro não autoriza se conceder tal beneplácito às rés apeladas. Assim, pugnou pela acolhida da presente apelação, com a procedência do pedido inicial.

Apelação devidamente processada, tendo as empresas apeladas apresentado suas contrarrazões.

O parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo improvimento do recurso (fls.1530/1536).

Este é o relatório.

O recurso não merece provimento.

A muito bem lançada r. sentença esgotou a matéria com muita precisão e rigor.

O D. Representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, entendendo que toda e qualquer campanha de conteúdo publicitário e estratégia de *marketing*, voltada ao público infantil, é ilegal, pugnou pela imposição de obrigação de não fazer às rés apeladas, consistente em se absterem de promover, veicular ou de qualquer outra forma contribuir para a divulgação de peça publicitária ou outra forma de comunicação publicitária dirigida à criança, inclusive as apresentadas sob forma de jogos, brindes ou brinquedos.

Quanto à legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da presente ação, tem-se que está alicerçada no disposto no artigo 129, inciso III, da Constituição da República; no artigo 25, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 8.625/93; no artigo 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85; no artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor; e, no artigo 201, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outrossim, também patente a competência da Vara da Infância e da Juventude para o processamento e julgamento de ação desta natureza, à luz do artigo 148, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No tocante à alegação de impossibilidade jurídica do pedido, consoante bem destacado na r. sentença, confunde-se com o próprio mérito da demanda, e, nesta roupagem, deve ser apreciada, tal qual se deu perante o Juízo *a quo*.

Por fim, ainda em caráter inicial, pondera-se que a intervenção do instituto ALANA nestes autos não é questão controvertida em sede recursal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Presidência da Seção de Direito Privado

Extrai-se das várias ponderações trazidas nos autos que, de fato, há confusão técnica na utilização dos termos “publicidade” e “propaganda”, contudo, tal circunstância é irrelevante, pois é perfeitamente compreensível que a questão fulcral da demanda está atrelada às estratégias de venda de produtos e serviços dirigidas ao público infantil. No mais, a própria Constituição da República e o Código de Defesa do Consumidor não prezam pelo rigor técnico na utilização de tais termos, o que, em suma, não prejudica a inteligência da própria norma.

Pois bem.

O que se tem é a análise da legalidade das campanhas publicitárias voltadas ao público infantil (utilização de termos, imagens lúdicas e estratégias de venda para atrair o público infantil).

Por força de cláusula pétrea, a trazer em seu bojo a essência do princípio da legalidade, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República).

Portanto, de forma abstrata e genérica, consoante pugna o apelante em sua petição inicial e apelação, apenas e tão somente poderia o Poder Judiciário reconhecer a ilegalidade das peças publicitárias promovidas pelas apeladas (todas e quaisquer delas), se o ordenamento jurídico vigente expressamente proibisse tal conduta.

Em suma, se o poder constituído do Estado, o Poder Legislativo, após cumprimento do processo legislativo, tivesse adotado como norma padrão para a sociedade brasileira a proibição de tal conduta, assim poderia o Poder Judiciário decidir. Contudo, não tendo sido adotada tal norma, não há como se imputar ilegal uma peça publicitária apenas e tão somente porque é voltada para o público infantil.

Tal qual pretendido pelo apelante, estaria o Poder Judiciário, ao arrepio dos princípios constitucionais e da Lei, a promover censura prévia, e, portanto, a cercear a manifestação do livre pensamento (artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição da República).

Como toda liberdade pública, a do livre pensar não é plena, e, portanto, comporta limitação, não à luz da discricionariedade dos agentes políticos do Estado, mas sim nas margens dos mandamentos constitucionais e da lei.

Neste passo, tem-se que a Constituição da República, em seu artigo 220, § 4º, estabelece que “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias está sujeita a restrição
Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002 . - São Paulo - Voto nº 24.625 – AMA - Página 4/7



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Presidência da Seção de Direito Privado

legal [Lei n° 9.224/96] nos termos do inciso II do parágrafo anterior [compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente], e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso'.

No caso em tela, não se trata de comercialização de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxico, medicamentos ou terapias, nem tampouco de qualquer produto nocivo à saúde – pelo contrário, são estratégias de venda dos chamados “cereais matinais”, tidos por nutricionistas como saudáveis – razão pela qual não há que se promover a restrição absoluta pleiteada sob tal ótica.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor, estabelece como direito básico do consumidor a proteção de sua vida, saúde e segurança contra os riscos potenciais de produtos perigosos ou nocivos, como também o direito a mais ampla informação e proteção contra publicidade enganosa e abusiva (artigo 6º, incisos I, II, III e V, da Lei n° 8.078/90), sendo certo que seu artigo 37, *caput* e § 2º, dispõe que “*é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência de criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança'.*

Tal norma se coaduna com o disposto no artigo 227, da Constituição da República e com as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, a promover tutela prioritária da criança, por se tratar de ser em desenvolvimento.

Em suma, a veiculação de peça publicitária é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, apenas passando pelo controle de legalidade do Poder Judiciário, caso se mostre exorbitante ou nociva.

O conteúdo de peça publicitária, pontualmente colocada sob análise judicial, apenas e tão somente poderia ser reputado ilegal, e, portanto, sujeito a sofrer restrição em sua veiculação, se ferisse tais princípios e regramento, o que também não se verifica no caso em testilha.

Isto porque, *ad argumentandum*, as peças publicitárias encartadas aos autos não trazem em seu bojo qualquer conteúdo nocivo ao público infantil (pelo contrário, as embalagens dos produtos trazem em destaque a tabela nutricional de cada um deles), nem tampouco se valem de forma inescrupulosa das condições de pequenos consumidores em formação. Em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Presidência da Seção de Direito Privado

suma, não subtraem o ou diminuem o poder de escolha e orientação dos pais, seja na aquisição do produto, seja no consumo moderado, o que é salutar para todo e qualquer alimento.

Ademais, retirar de circulação as estratégias de venda promovidas pelas rés, de forma genérica e irrestrita, também acabaria por ferir os princípios da livre concorrência e da igualdade (artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso e 170, inciso IV, todos da Constituição da República; e artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), e, não colocaria o público alvo aqui tutelado livre das inserções das demais empresas concorrentes, e, pelo contrário, passaria a se colocar em dúvida a própria qualidade e adequação dos produtos comercializados pelas apeladas.

Neste sentido, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, recentemente, em questões análogas, a saber:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Pleito deduzido por Instituto de Defesa da Cidadania -Reconhecimento na sentença de ilegitimidade ativa ad causam e de litispendência com outras ações civis públicas anteriormente ajuizadas. 1. Afastamento que se impõe da ilegitimidade e da litispendência, não obstante com julgamento do mérito da lide com base no § 3o, do art. 515 do CPC - Legitimidade ativa ad causam do autor, ora reconhecida, por equiparar-se à associação referida no inc. V, do art. 5o da Lei n. 7.347/85, em suas finalidades institucionais, sem fins lucrativos - Afastamento, por igual, da litispendência, por diversidade de partes, pleito de maior amplitude na presente demanda em relação às demais ações em andamento, e notícia de julgamento em segundo grau das ações anteriores, embora sem informação de trânsito em julgado. 2. Pleito ajuizado em face de grandes empresas fabricantes de refrigerantes e sucos adoçados, com o objetivo de restringir a publicidade destinada às crianças e aos adolescentes, sob o fundamento de que o açúcar contribui para a existência de epidemia de obesidade -Publicidade de produtos contendo açúcar que não é vedada nem restrita pelo ordenamento legal vigente - Imposição de medidas que consubstanciarium violação à livre concorrência e ao princípio da isonomia - Existência de inúmeras fabricantes de produtos que contêm açúcar - Precedente deste E. Tribunal de Justiça - Improcedência no mérito da pretensão -Recurso provido." (Apelação 0164688-72.2006, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, registrado 16/06/2011)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Pleito ajuizado pelo Ministério Público em face de grande empresa fabricante de refrigerantes e sucos adoçados, com o objetivo de restringir a publicidade destinada às crianças e aos adolescentes, sob o fundamento de que o açúcar contribui para a existência de epidemia de obesidade - Sentença parcialmente procedente - Inconformismos da ré e de terceiros prejudicados - Publicidade de produtos contendo açúcar que não é vedada nem restrita pelo ordenamento legal vigente - Imposição das medidas requeridas pelo Parquet que consubstanciarium violação à livre concorrência e ao princípio da isonomia - Existência de Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002 . - São Paulo - Voto nº 24.625 – AMA - Página 6/7



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Presidência da Seção de Direito Privado

inúmeras fabricantes de produtos que contêm açúcar - Precedente deste E. Tribunal de Justiça - Apelos providos." (Apelação 9197805-66.2004, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, registrado 29/04/2010).

Daí porque correta a r. sentença.

E mais não é necessário dizer para o não provimento do recurso.

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento o Desembargador José Santana e dele participaram os Desembargadores Maria Olívia Alves (2ª Juíza) e Martins Pinto (3º Juiz).

São Paulo, 19 de setembro de 2011.

MAI A DA CUNHA

RELATOR